

El marco institucional y normativo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL

Diego Zegarra Valdivia*

La regulación es uno de los principales mecanismos a través de los cuales el Estado mantiene su presencia como sujeto responsable de la ordenación, tanto de las estructuras de los entes de regulación, como del comportamiento de los sujetos que la ejercen en régimen de competencia.

El presente trabajo analiza el ámbito institucional y el marco normativo del OSIPTEL, entidad de regulación que ha sido creada con el objetivo de establecer espacios autónomos a la decisión política del Gobierno, de modo que se pueda asumir un rol más eficiente que garantice el desarrollo de los servicios de telecomunicaciones a fin de alcanzar la satisfacción del interés público.

INTRODUCCIÓN

La importancia de la presencia del Estado en los procesos económicos y en el desarrollo de mecanismos como la regulación se ha evidenciado con la creación legislativa de entidades administrativas que tienen a su cargo la labor de regulación de los sectores económicos vinculados con la prestación de servicios públicos.

Al respecto, los principales cometidos que la Ley reconoce a los entes de regulación tienen su núcleo en la búsqueda de coherencia y estabilidad en los mercados, de manera que los mismos puedan desarrollarse con previsibilidad y dentro de un marco de seguridad jurídica. Asimismo, quienes son sus destinatarios reciban las prestaciones adecuadas respetándose los más elementales derechos de universalidad, continuidad, de poder contar con servicios públicos de calidad a un precio asequible y además, tutelándose la libre competencia con respecto a los operadores.

Se trata de que el Estado a través de las entidades de regulación mantenga «su presencia intensa y exten-

sa, pero ya no como titular excluyente de la actividad, sino como sujeto responsable de la ordenación, tanto de las estructuras de la misma, como del comportamiento de los sujetos que la ejercen en régimen de competencia»¹.

Por ello, conscientes que la regulación es uno de los principales canales a través de los cuales el Estado va a garantizar el cumplimiento de dichos objetivos, el presente trabajo se contrae al análisis del ámbito institucional y del marco normativo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, entidad de regulación que ha recogido el modelo institucional de estructura típicamente anglosajona y que ha sido creada con el objetivo de establecer espacios autónomos a la decisión política del Gobierno, de modo que puedan cumplir un rol más eficaz, que técnica y jurídicamente garantice el desarrollo del servicio público de telecomunicaciones, respondiendo de esta forma a un esquema político que los Estados han establecido para la mejor satisfacción del interés público².

* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado Senior del Estudio Benites, Forno & Ugaz Abogados.

1 SANCHEZ RODRIGUEZ, A. J., «Derecho de las telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado», Ed. Dykinson, Madrid, 2002, p.55.

2 LONGO, F., «Ragioni e modalità dell'istituzione delle autorità indipendenti», en S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia nel nostro paese*, Ed. Il Mulino, Bologna 1996, pp.14-15. Como sostiene el autor, la creación de las instituciones independientes o entidades de regulación, es vista como la realización de valores y principios de relieve constitucional - no libres de cuestionamiento - y responde a exigencias y a razones de desagregación y neutralización del gobierno de los intereses vinculados con los sectores esenciales, de la línea de los aparatos de la ordinaria vida administrativa y de las direcciones del Poder Ejecutivo, en función no sólo y no tanto del carácter técnico de la materia y los objetivos de eficiencia propia de cada actividad administrativa, sino además de valoraciones políticas, de política legislativa, que exigen que el cuidado de los intereses mismos sea confiada a organismos dotados de autonomía e imparcialidad, portadores de una posición neutral y a la vez de la búsqueda del interés objetivo del ordenamiento: organismos, pues, como tales, independientes.

I. NATURALEZA JURÍDICA

La posibilidad de establecer la naturaleza jurídica propia de una entidad de regulación, pasa por tener presente que su creación supone la consecución de un nuevo título de legitimación de la acción de los poderes públicos en ámbitos especialmente sensibles como es el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú³.

Sobre la base de esta premisa, consideramos necesario hacer referencia –para marcar algunas diferencias y similitudes con respecto a lo que sucede en Estados Unidos, Francia o España-, a que en el Perú, los Organismos Reguladores en general y el OSIPTEL en particular, actúan dentro del marco de la normativa vigente establecida para cada servicio público pero además de aquella se deriva de los respectivos contratos de concesión, es decir, aquellos que son suscritos por el Estado peruano con los operadores para poder acceder a la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.

De acuerdo con lo señalado, la principal función de este tipo de entidades administrativas, dentro de las que se encuentra el OSIPTEL, es de carácter supervisor o de control de la actividad desarrollada por dichos operadores y de los compromisos contraídos en los referidos contratos de concesión; asimismo, ejercen potestades de regulación, principalmente, en materia de determinación de tarifas, promoción de la competencia en los mercados, determinación de niveles de calidad y cobertura del servicio, y garantía de las condiciones de acceso a la actividad y utilización de redes pero, para lo cual, concurren con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC en el ejercicio de la función normativa, ya que tam-

bién, les corresponde dictar normas que inciden de manera decisiva sobre la prestación de los respectivos servicios públicos⁴.

1. ASPECTOS ORGANIZATIVOS

1.1. Autonomía orgánica

El OSIPTEL⁵, desde un punto de vista orgánico, «es un organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería jurídica de Derecho Público, patrimonio propio y autonomía técnica, administrativa, económica y financiera».

En el derecho comparado, una descripción similar de la naturaleza de autarquía especial de una entidad de regulación de la actividad de las telecomunicaciones, la encontramos en la Ley N° 9.472/97 (art. 8, numeral 2°), que crea el ANATEL, regulador de la telecomunicaciones en el Brasil: «A natureza de autarquia especial conferida á Agencia é caracterizada por independéncia administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira».

Del marco legislativo glosado, es posible colegir que estamos frente a una entidad administrativa⁶ con autonomía orgánica⁷, o lo que es lo mismo, funcionalmente descentralizada⁸. Es decir, el OSIPTEL – como también el ANATEL en Brasil - está fuera del sistema jerárquico de la Administración centralizada⁹ y al tener personalidad jurídica propia¹⁰, se convierte en un centro de imputación de derechos y obligaciones distintos de la Administración general, lo que hace posible que se le aplique un derecho

- 3 Seguimos el planteamiento de L. A. POMED SÁNCHEZ, «Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones Independientes», En: Revista de Administración Pública, N° 132, Setiembre – diciembre 1993, p.155.
- 4 DANÓS ORDÓÑEZ, J., «Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios», Ponencia al Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Lima, 2004, p.10.
- 5 Conforme lo disponen el artículo 6° la Ley N° 26285, de 12 de enero de 1994, Ley de desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones, los artículos 2° y 3° de la Ley N° 27332, de 29 de julio de 2000, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y el artículo 17° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, de 2 de febrero de 2001, Reglamento General del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones.
- 6 Lo que significa que son Administración Pública que están dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 27444, de 10 de abril de 2001, Ley de Procedimiento Administrativo General, conforme lo dispone el inciso 1, Artículo I del Título Preliminar de dicha norma.
- 7 Convenimos con E. VIRGALA FORURIA, «La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red», Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p.270; que la independencia no puede ser entendida como absoluta, sino que debe de serlo, «al menos para garantizar un funcionamiento orgánico y de adopción de decisiones al margen de cualesquiera otros órganos, lo que se ha denominado como independencia orgánica o funcional y que le permita funcionar como un órgano de garantía de la libre competencia y de los derechos de los usuarios (...)».
- 8 Como sostiene E. GARCIA LLOVET, «Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho», En: Revista de Administración Pública, N° 131, Mayo-agosto, 1993, p.95; estas entidades, «(...) son producto de un proceso de descentralización que tiene su origen en la voluntad de los poderes públicos y normalmente es el instrumento de la ley el que determina su creación».
- 9 En este mismo sentido, vid. L. A. POMED SÁNCHEZ, «Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones Independientes»..., Ob. cit., p.118.
- 10 Según F. MERUSI, y M. PASSARO, M., «Le autorità indipendenti», Ed. Il Mulino, Bologna, 2003, p.69; el que la entidad reguladora no haya sido dotada de personalidad jurídica no genera diferencias o consecuencias en términos de la autonomía o la independencia del ente, porque, siendo verdad que la personalidad jurídica garantiza *per sé* una cierta independencia de la Administración estatal, es también cierto que la autonomía depende del poder efectivamente atribuido a aquellos entes privados de personalidad jurídica.

singular creado específicamente, en lugar del Derecho administrativo general.

El OSIPTEL, además, tiene la calidad de autoridad administrativa, lo que quiere decir que tiene atribuidos el ejercicio de potestades públicas de regulación y de producción de actos que inciden en la esfera de los particulares¹¹.

Ahora bien, lo que no debe dejar de mencionarse es que, en su nacimiento, OSIPTEL fue creado como un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República¹² y que luego pasó a estar adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas. Esta situación, sin embargo, siguiendo nuestro actual diseño constitucional¹³, ha sido superada, ya que este tipo de entidades no pueden depender directamente del Presidente de la República porque se requiere que toda entidad del Poder Ejecutivo esté adscrita a un ministerio, para que su titular sea el responsable político ante el Congreso, de ahí que OSIPTEL se encuentre adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, lo que a su vez denota la importancia que se les asigna en la estructura de la Administración pública¹⁴.

Lo que debe quedar claro en el tipo de administración que OSIPTEL representa, es que su naturaleza, como sostiene FERNANDEZ FARRERES, «no supone una ruptura con la configuración constitucional que se le haya asignado al Gobierno y a la Administración y de sus relaciones (...), pues aun cuando se rectifica la tradicional vinculación jerárquica, ello no determina una desvinculación plena y absoluta in-

conciliable con las reglas constitucionales»¹⁵.

Esta autonomía o independencia concerniente a aspectos organizativos que hemos analizado, requiere estar resguardada o garantizada, en aspectos como la composición y el poder de designación de sus titulares, su estatuto jurídico propio, su financiamiento y organización interna¹⁶.

1.2 Consejo Directivo

a) Composición y designación de miembros

El Consejo Directivo es el órgano máximo del OSIPTEL. Está a cargo del establecimiento de las políticas y la dirección del organismo¹⁷, ejerce de forma exclusiva la función reguladora¹⁸ y la función normativa¹⁹ dentro del ámbito de competencia que se le ha asignado.

El Consejo Directivo del OSIPTEL está conformado por 5 miembros²⁰ cuya designación formal la realiza el Presidente de la República vía Resolución Suprema con el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros, del Ministro de Economía y Finanzas y por el Ministro de Transportes y Comunicaciones²¹.

La participación del Gobierno en la elección de los miembros que conforman el núcleo central en las entidades de regulación ha sido limitada o condicionada, según cada país. Así, a diferencia de lo que sucede en el Perú, en Estados Unidos, la designación de los miembros «commissioners» de la FCC

11 En este sentido, *vid.* G. GIRAUDI y M. S. RIGHETTINI, «*Le autorità amministrative indipendenti*», Ed. Laterza, Roma, 2001, p.5.

12 Al respecto *vid.* el artículo 80° del Decreto Legislativo N° 702.

13 Al respecto, en el caso específico de los servicios públicos, la Constitución de 1993, ha precisado en su artículo 119° que «la dirección y gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera de su cargo».

14 DANÓS ORDÓÑEZ, J., *Ob. cit.*, p.3.

15 FERNANDEZ FARRERES, G., «Administraciones instrumentales», en F. SAINZ MORENO (Dir.), *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública - INAP, Madrid, 2004, p.350.

16 Al respecto, *vid.* D. SORACE, «La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale», *Mercato concorrenza regole* a. V, N° 2, Agosto 2003, p.337; VIRGALA FORURIA, E., *Ob. cit.*, pp.271 – 277; F. FERNANDEZ FARRERES, «Administraciones instrumentales»..., *Loc. cit.*, *ídem*.

17 Al respecto, *vid.* el artículo 73° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

18 El inciso b) del artículo 3° de la Ley N° 27332 define la función reguladora como aquella que: «comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito».

19 El inciso c) del artículo 3° de la Ley N° 27332 (modificado por la Ley N° 27631, publicada el 16 de enero de 2002) define la función normativa como aquella que: «comprende la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y la materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios. Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador».

20 Los Consejos Directivos de la FCC norteamericana y la ARCEP francesa tienen también 5 consejeros, en cambio, la CMT española tal y como lo establece su Reglamento General y el Reglamento del Régimen Interior se articula en torno a un Consejo al que corresponde el ejercicio de todas las funciones de aquélla; este Consejo, conforme lo dispone el art. 1.3° de la Ley N° 12/1997, se compone de un Presidente, un Vicepresidente y siete consejeros, nombrados por el Gobierno. Sobre las características del Consejo Directivo de la CONATEL – regulador venezolano de las telecomunicaciones – *vid.* J. ARAUJO – JUREZ (Coord.), *Derecho de las redes y de los servicios de telecomunicaciones*, Ed. Paredes, Caracas, 2005; pp.422-423

21 Al respecto, *vid.* el artículo 6.1° de la Ley N° 27332 (modificado por Ley N° 28964, publicada el 24 de enero de 2007) y el artículo 74° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

luego de ser elegidos por el Presidente, se sujeta a la ratificación del Senado. En el caso de Francia, los miembros «*Collègue*» de la ARCEP no son elegidos exclusivamente en el ámbito del Ejecutivo, ya que en la designación participan el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado. En España, los miembros «Consejeros» son nombrados directamente por el Gobierno (Ejecutivo), realizándose una comparecencia en el Congreso únicamente para informar los nombramientos²². En el caso de Argentina, el método de elección confirma la tesitura de implantación de autarquía donde se aseguran un control de tutela propio de la descentralización administrativa y distinto de la atribución constitucional de competencias²³.

La composición del Consejo Directivo, es de carácter plural, dos de sus miembros son propuestos por la Presidencia del Consejo de Ministros, uno de los cuales presidirá el órgano y el otro deberá ser representante de la sociedad civil²⁴, un miembro es propuesto por el Ministerio del sector - en este caso por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones -, un miembro es propuesto por el Ministerio de Economía y Finanzas²⁵, y un miembro es propuesto por el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual²⁶.

Como se puede apreciar, en la designación de los miembros del Consejo Directivo participan diversos sectores del Poder Ejecutivo vinculados con la actividad de OSIPTEL, lo cual, representa un cambio con respecto a la legislación de creación²⁷ de esta entidad de regulación ya que hasta antes de la modificación introducida por la Ley N° 27010²⁸ y, posteriormente, con la Ley N° 27332, participaban en la designación de dicho Consejo, «un representante de los usuarios de servicios de telecomunicación finales de carácter público», «un representante designado por las empresas concesionarias de servicios portadores» y «un representante designado por empresas concesionarias de teleservicios o servicios finales», lo que significaba una contradicción con uno de los principios básicos

de creación de este tipo de entidades como es el de la necesaria separación entre regulador y prestador de servicios, así como una posible afectación de las cualidades de neutralidad e independencia que deben reflejar en su actividad.

En lo que respecta a la selección de las personas que serán designados miembros del Consejo Directivo del OSIPTEL, el procedimiento común a todos los organismos reguladores está regulado por el Decreto Supremo N° 014-2008-PCM, de 25 de febrero de 2008, norma que ha definido la oportunidad del proceso de selección y designación²⁹, precisado la publicidad del proceso de selección y designación de la Comisión de Selección y Evaluación de Candidatos³⁰, y, estructurado el proceso de selección y nombramiento de candidatos³¹.

De acuerdo con el Decreto Supremo N° 014-2008-PCM, la convocatoria al proceso de selección debe hacerse pública por vía escrita, así como a través de medios electrónicos³² y su duración no debe ser mayor de 10 días desde su publicación, de manera que vencido el plazo, se cerrará la postulación. Asimismo, con relación a las postulaciones³³, la misma se distingue cuando es realizada por la Sociedad Civil, en donde las postulaciones podrán ser personales como a través de una determinada entidad representativa, de las que se realizan para el Presidente del Consejo Directivo del regulador o los otros miembros, en cuyo caso únicamente podrán efectuarse de manera personal.

Finalmente, una vez que se produce la designación, es necesario llamar la atención respecto de la precisión que realiza el artículo 4° del Decreto Supremo N° 042-2005-PCM, según el cual, el cambio de los titulares de los Ministerios que participan en la expedición de la Resolución Suprema de nombramiento de miembros del Consejo Directivo del OSIPTEL – así como de los otros organismos reguladores -, no genera en estos la obligación de formular renuncia a su cargo, lo que se sustenta en que «no tienen la

22 Sobre el procedimiento de designación de los miembros de las entidades reguladoras en Italia, o «*le autorità indipendenti*, como se les denomina, vid. F. MERUSI y M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2003, P.69-75.

23 PEREZ HUALDE, A., «Servicio públicos, régimen, regulación y organismo de control», en A. PEREZ HUALDE (Dir.), *Servicios Públicos y Organismos de Control*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, P.76.

24 Al respecto, vid. el inciso a) del artículo 6.2° de la Ley N° 27332 (modificada por Ley N° 28337, publicada el 16 de agosto de 2004) y el artículo 74° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

25 Al respecto, vid. el inciso c) del artículo 6.2° de la Ley N° 27332 y el artículo 74° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

26 Al respecto, vid. el inciso d) del artículo 6.2° de la Ley N° 27332 y el artículo 74° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

27 Al respecto, vid. el artículo 86° del Decreto Legislativo N° 702, modificado por el artículo 1° del Decreto Ley N° 26095, de 28 de diciembre de 1992, Ley que modifica las normas que regulan la inversión privada en telecomunicaciones.

28 Al respecto, vid. el artículo 1° de la Ley N° 27010, de 7 de diciembre de 1998, Ley que establece la conformación de los Consejos Directivos del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones y de la Comisión de Tarifas Eléctricas.

29 Al respecto, vid. el artículo 2° del Decreto Supremo N° 014-2008-PCM.

30 Al respecto, vid. el artículo 3° del Decreto Supremo N° 014-2008-PCM.

31 Al respecto, vid. el artículo 4° del Decreto Supremo N° 014-2008-PCM.

32 Al respecto, vid. el artículo 5° del Decreto Supremo N° 014-2008-PCM.

33 Al respecto, vid. el artículo 7° del Decreto Supremo N° 014-2008-PCM.

calidad de «representantes» o mandatarios de entidad o funcionario alguna, lo cual contribuye a garantizar la autonomía de los mismos»³⁴.

b) Duración del mandato y vacancia

Luego de promulgada la Ley N° 27332, se pudo constatar que el legislador omitió establecer el plazo por el que eran designados los integrantes del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores, vacío que fue cubierto posteriormente por el artículo 3 del Decreto Supremo N° 032-2001-PCM, de 28 de marzo de 2001, norma que reglamentó la Ley Marco, y luego por la Ley N° 28337, de 23 de julio de 2004, que incorporó dicha disposición en el artículo 6° la Ley Marco, en la que se precisa que el plazo de designación es de 5 años y que se efectuará anualmente, lo que hace posible la renovación de un miembro cada año³⁵.

En lo que respecta al período de duración del cargo como miembros del Consejo Directivo, al haberse dictado una norma que excepcionalmente establece distintos plazos con respecto a la permanencia en el cargo (de 1 a 5 años), se puede considerar que hay un resguardo de independencia con respecto al Ejecutivo ya que se podrá ejercer el cargo dentro de períodos en los que no coincidan las mismas agrupaciones políticas, salvo se produzca una reelección.

Vinculado con el tema de la designación de miembros del Consejo Directivo del regulador y plazo de duración del cargo, está el reciente Decreto Supremo N° 022-2008-PCM, que establece en 5 años el período de designación de los miembros del Consejo Directivo, desde la publicación de la Resolución Suprema que los designa, con el objetivo de lograr la adecuación del Reglamento del Concurso Público para la designación de los miembros de los Conse-

jos Directivos de los Organismos Reguladores, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2008-PCM, y de esa forma lograr darle mayor estabilidad a los Consejos Directivos mediante la permanencia de los miembros elegidos en concurso y mantener la renovación secuencial de sus miembros.

Cumplido el plazo por el que fue designado el miembro del Consejo Directivo, la elección y designación del nuevo miembro se realizará dentro de los 30 días calendario de anticipación al vencimiento del período de designación del miembro que esté en ejercicio de sus funciones. Si la designación no se realizara en el plazo previsto, el miembro del Consejo Directivo se mantendrá por un plazo de 60 días adicionales al período por el que fue designado³⁶.

La posibilidad de que un miembro sea designado nuevamente³⁷ como parte del Consejo Directivo del OSIPTEL inicialmente no fue previsto en la Ley N° 27332, lo que seguía con la lógica de renovación anual que se había normado, y que garantizaba que el Ejecutivo en funciones no tuviera personas afines a sus políticas copando dicho órgano. Sin embargo, en la última modificación realizada a la Ley Marco a través de la Ley N° 28337, se dispuso que los miembros del Consejo Directivo pudieran ser designados por un período consecutivo³⁸, dato este que no supone una garantía de independencia, sino lo contrario³⁹.

En lo que respecta a la posibilidad de remoción de los miembros del Consejo Directivo del OSIPTEL, la normativa peruana ha dispuesto una serie de causales tasadas⁴⁰, lo cual es importante desde el punto de vista de la independencia de la entidad⁴¹, si se tiene en cuenta la forma de nombramiento. Dentro de dichas causales se incluye la remoción por falta grave para declarar la vacancia del cargo y se regu-

34 DANÓS ORDÓÑEZ, J., Ob. cit., P.7.

35 Para hacer posible funcionamiento del mecanismo de renovación de los miembros del Consejo Directivo de OSIPTEL y del resto de los Organismos Reguladores el Decreto Supremo N° 032-2001-PCM estableció en su artículo 9, de forma excepcional, que para los Consejos Directivos que estaban en funciones a la fecha de expedición de la norma, los plazos de permanencia de sus miembros eran los siguientes: El presidente del Consejo Directivo, 1 año; el representante del INDECOPI, 2 años; el representante del Ministerio de Economía y Finanzas, 3 años; el representante del Sector, 3 años; y, el segundo representante de la Presidencia del Consejo de Ministros, 5 años. De esa forma, al vencimiento de los referidos mandatos, el miembro del Consejo Directivo sería nombrado por un período regular de 5 años.

36 Al respecto, *vid.* el artículo 7° del Decreto Supremo 042-2005-PCM. Es necesario referir que vía el Decreto Supremo N° 018-2008-PCM, publicado el 2 de Marzo De 2008, se ha establecido en 90 días el plazo máximo establecido en el segundo párrafo del antes glosado artículo 7°.

37 En el caso de la CMT española, la reelección de sus miembros sí está prevista hasta por un período adicional.

38 Al respecto, *vid.* el artículo 6.5° de la Ley N° 27332, modificada por la Ley N° 28337.

39 Al respecto, en este punto seguimos el planteamiento de E. VIRGALA FORURIA, Ob. cit., P.272.

40 Conforme lo dispone el artículo 6° de la Ley N° 27332, modificada por el artículo 4° de la Ley N° 28337, de 23 de julio de 2004: «6.6 Son causales de vacancia del cargo de miembros del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores, las siguientes: a) Fallecimiento; b) Incapacidad permanente; c) Renuncia aceptada; d) Impedimento legal sobreviviente a la designación; e) Remoción por falta grave; y. f) Inasistencia injustificada a tres (3) sesiones consecutivas o cinco (5) no consecutivas del Consejo Directivo, en el período de un (1) año, salvo licencia autorizada (...)».

41 Sobre este tema, es interesante hacer referencia lo señalado por E. GARCIA DE ENTERRIA, y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*; Ed. Civitas, Madrid, 1999, p.421; quienes puntualizan que en el ámbito continental europeo, al modelo del *Bundesbank*, «(...) pertenece la garantía de inamovilidad de los Consejeros durante su período de mandato, salvo incapacidad o pérdida de las condiciones requeridas para el cargo, que tendrá que ser apreciada por el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, según el Tratado CE, la prohibición formal al Banco de recabar o recibir instrucciones de los Gobiernos y aun de las propias instituciones comunitarias en materia monetaria, la prohibición de financiar de cualquier modo que sea los Gobiernos y a las entidades públicas y empresas dependientes del sector público».

la el supuesto de que luego de producida la vacancia, será el sector correspondiente el que designará un reemplazante para completar el período correspondiente⁴².

En caso opere la vacancia por causal de remoción por falta grave, ésta tiene que cumplir con la formalidad de que sea mediante Resolución Suprema con idénticos requisitos que para la designación (refrendo ministerial), y en lo material, que la resolución sea motivada y que sólo podrá producirse «en casos de falta grave comprobada y fundamentada» y como garantía procedimental que se realice una previa investigación para presentar sus descargos dentro de un plazo de 15 días⁴³, con lo cual, se estaría reduciendo los niveles de discrecionalidad.

Además, se ha previsto un mecanismo de control a la expedición de la Resolución de remoción que ha reforzado la autonomía de la entidad reguladora⁴⁴, ya que el Presidente del Consejo de Ministros debe informar, dentro de un plazo de 10 días de expedida la Resolución, de las razones que motivaron dicha decisión⁴⁵.

c) Requisitos de elegibilidad y causas de incompatibilidad

En relación a los requisitos que se exige a quienes van ser miembros del Consejo Directivo del OSIPTEL, se ha dispuesto que los mismos deban ser profesionales con no menos de 10 años de ejercicio⁴⁶; cuenten «con reconocida solvencia e idoneidad profesional», lo cual, tendrá que ser acreditado demostrando no menos de 3 años de experiencia en un cargo de gestión ejecutiva o 5 años de experiencia en materias que configuran el objeto de la competencia del organismo regulador⁴⁷; y, acrediten por lo menos estudios completos a nivel de maestría⁴⁸.

La indeterminación del concepto «personas de reconocida solvencia e idoneidad profesional» –que se repite en las distintas legislaciones–, y la práctica habida hasta el momento nos hacen pensar en que es un «lugar común» que la designación de los miembros de los Consejos Directivos de las entidades reguladoras se realizan más por afinidad ideológica que por competencia profesional. Ello, independien-

temente a que se hayan incluido fórmulas probatorias a través de las cuales se refrende la capacidad profesional de la persona que será designada y que consideramos no aportan una mayor solución a esta tema.

En algunos otros países, la solución para garantizar la independencia en la designación, está en tener un procedimiento que incluya el consenso de las fuerzas políticas, lo que supondría que el Congreso sea partícipe de la designación los miembros del Consejo Directivo de OSIPTEL, a través del mecanismo de ratificación, pero que no utilice las fórmulas de mayorías calificadas porque pueden llevar al bloqueo de los procesos de designación y a situaciones en las cuales se tenga que prorrogar los períodos de los miembros de dicho órgano. Esto merece ser analizado para considerar su aplicación a los organismos reguladores en el Perú.

En cuanto a las causas de incompatibilidad, la Ley N° 27332 establece diversos supuestos que limitan la designación de una persona como miembro del Consejo Directivo del OSIPTEL «con el propósito de impedir que se generen dependencias que afecten la autonomía del Directorio»⁴⁹. Así, se ha buscado evitar los conflictos de interés al disponer que no pueden ser Directores: los «titulares de más del 1% (uno por ciento) de acciones o participaciones de empresas vinculadas a las materias de competencia del organismo regulador (...)»⁵⁰, extendiéndose tal disposición a los «(...) directores, representantes legales o apoderados, empleados, asesores o consultores de tales empresas o entidades (...)»⁵¹; los que hayan sido sancionados con destitución en el marco de procesos administrativos por delito doloso; los inhabilitados por sentencia judicial o por resolución del Congreso de la República; los directores, gerentes y representantes de personas jurídicas declaradas judicialmente en quiebra y las personas declaradas insolventes⁵².

Con el objeto de resguardar el grado de independencia de los Directores respecto a la política del partido político en el Gobierno, primero el Decreto Supremo N° 008-2001-PCM⁵³, Reglamento General de OSIPTEL (en adelante Reglamento General), y luego el Decreto Supremo N° 032-2001-PCM⁵⁴ –

42 Esto último fue incorporado en el numeral 6.6° por la Ley N° 28337, que modificó el artículo 6° de la Ley N° 27332.

43 Al respecto, *vid.* el primer párrafo artículo 6.4° de Ley N° 27332, modificada por el artículo 4° de la Ley N° 28337.

44 Sobre este tema, *vid.* E. VIRGALA FORURIA, *Ob. cit.*, p.273.

45 Al respecto, *vid.* el segundo párrafo artículo 6.4° de Ley N° 27332, modificada por el artículo 4° de la Ley N° 28337.

46 Al respecto, *vid.* el inciso a) del artículo 7° de la Ley N° 27332, modificada por el artículo 7° de la Ley N° 28337.

47 Al respecto, *vid.* el inciso b) del artículo 7° de la Ley N° 27332, modificada por el artículo 7° de la Ley N° 28337. En el caso de la FCC norteamericana se establece que sean personas calificadas con conocimiento demostrado del sector (47 USC 154.b).

48 Al respecto, *vid.* el inciso c) del artículo 7° de la Ley N° 27332, modificada por el artículo 7° de la Ley N° 28337.

49 DANÓS ORDÓÑEZ, J., *Loc. cit.*, *idem.*

50 Al respecto, *vid.* el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 27332, modificada por el artículo 8° de la Ley N° 28337.

51 Al respecto, *vid.* el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 27332, modificada por el artículo 8° de la Ley N° 28337.

52 Al respecto, *vid.* el inciso b), c) y d) del artículo 8 de la Ley N° 27332, modificada por el artículo 8° de la Ley N° 28337.

53 Al respecto, *vid.* el artículo 112 del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

54 Al respecto, *vid.* el artículo 7.1 del Decreto Supremo N° 032-2001-PCM.

que estableció una serie de precisiones con respecto a la aplicación de la Ley N° 27332–, dispuso que tampoco podían ser designados algunos altos funcionarios del Estado y especialmente del Poder Ejecutivo como el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Ministros de Estado, los Viceministros y los Directores Generales de los Ministerios o funcionarios de rango equivalente, mientras que ejerza el cargo y hasta un (1) año después de cesar en el mismo⁵⁵.

También se incluyen como supuesto de incompatibilidad, a las personas que prestaron servicios a las entidades reguladas o mantuvieron con ellas relación comercial, laboral o de servicios, bajo cualquier modalidad en el período de un (1) año anterior a su designación, con la única excepción de quienes tuvieron la calidad de usuarios⁵⁶.

Asimismo, con igual propósito de garantizar el comportamiento ético y la independencia de quienes ejercen el cargo de Directores, las leyes que regulan con carácter general el régimen de prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos⁵⁷ establecen que los altos funcionarios y Directores de organismos del Estado peruano, como es el caso del OSIPTEL, están prohibidos de prestar servicios bajo cualquier modalidad a las empresas comprendidas en el ámbito específico de las competencias del organismo del cual forman parte⁵⁸.

d) Régimen laboral del personal

Otro de los aspectos importantes vinculados con la garantía de la independencia de los organismos reguladores es el referido al régimen laboral del que dependen quienes son parte del mismo. Al respecto, en el caso del OSIPTEL, su personal está sujeto al régimen laboral de la actividad privada⁵⁹.

Si revisamos lo que sucede en otros países, nos encontraremos que, por lo general las entidades reguladoras disfrutan de cierta autonomía en la contratación y gestión del personal⁶⁰, lo cual no es una excepción respecto del OSIPTEL ya que al contar con el régimen

laboral de actividad privada le da la posibilidad de una contratación más ágil, que aunque no garantiza la estabilidad del personal, si es una manifestación de su autonomía personal que forma parte de la independencia orgánica de la entidad.

Al final, como señala la doctrina, la clave de la independencia orgánica está en el Consejo Directivo⁶¹, sobre el que descansa la estructura organizativa de la entidad reguladora, debido al estatuto establecido para su designación por el Ejecutivo y a que ello se conjuga con, el carácter de inamovilidad en relación a la permanencia en el cargo de sus miembros (únicamente el cargo vaca por cuestiones tasadas en la Ley), las condiciones de incompatibilidad a las que quedan sujetos, el que pueda ejercer potestad normativa en relación con su propia organización y actuación y con respecto del sector en aquellas materias que son de su competencia y el que sea el órgano que en exclusiva tiene a su cargo la expedición de aquellas resoluciones en las que la entidad se pronuncie de forma general o particular.

Sin embargo en el caso del OSIPTEL, es necesario realizar una serie de precisiones que de alguna manera constituyen una variante en cuanto a la estructura general que presentan las entidades reguladoras en los países que hemos tenido oportunidad de estudiar, así como con respecto a caracterizar su autonomía orgánica.

En primer lugar, la inclusión de Tribunales Administrativos en el OSIPTEL, como son el Tribunal de Solución de Controversias y el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de usuarios, representan una particularidad del marco jurídico de dicha entidad, pero que otros reguladores sectoriales (como OSINERGMIN) han ido incorporando en su estructura orgánica.

En segundo lugar, en lo que a poder afirmar la autonomía orgánica como característica inherente al OSIPTEL, tendríamos que extender conceptualmente la posición clave que ocupa el Consejo Directivo hacia los Tribunales Administrativos ya que compar-

55 Al respecto, *vid.* el inciso e) del artículo 8° de la Ley N° 27332, modificada por el artículo 8° de la Ley N° 28337.

56 Al respecto, *vid.* el inciso f) del artículo 8 de la Ley N° 27332, modificada por el artículo 8° de la Ley N° 28337.

57 Al respecto, *vid.* la Ley N° 27588, de 22 de noviembre de 2001, Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual, y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2002-PCM, publicado el 8 de marzo de 2002; también *vid.* el artículo 241° de la Ley N° 27444, 10 de abril de 2001, Ley de Procedimiento Administrativo General.

58 DANÓS ORDÓÑEZ, J., *Ob. cit.*, pp.7- 8.

59 Al respecto, *vid.* el artículo 85° del Decreto Supremo N° 013-93-TCC, el artículo 11° de la Ley N° 27332 y el artículo 96° del Reglamento General del OSIPTEL, Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

60 En países como España, el personal de la CMT queda vinculado a ésta por relación de carácter laboral (régimen privado), y la selección, determinación de los puestos de trabajo y retribuciones corresponde a la Comisión (artículo 48.1 de la Ley N° 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones).

61 En este punto seguimos los planteamientos de G. FERNANDEZ FARRERES, «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», en T. DE LA QUADRA (Dir.), *Aspectos jurídicos de las Telecomunicaciones Cuadernos de Derecho Judicial VI-2003*, Ed. Consejo General del Poder Judicial; Madrid, 2003, pp.62 – 63.

62 Al respecto, *vid.* el artículo 91° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General de OSIPTEL, cuya disposición remite al artículo 9° de la Ley 27332, reglamentada por el artículo 14 del Decreto Supremo N° 042-2005-PCM.

ten con éste la función resolutoria. Sin embargo, el marco jurídico del OSIPTEL y de los Organismos Reguladores en general, no nos proporcionan dicha cobertura ya que si bien a los miembros del Tribunal de Solución de Controversias se les aplica las mismas reglas⁶² para la designación que hemos analizado, pero la lógica se rompe en el caso del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios, ya que sus miembros son designados por el Consejo Directivo⁶³, el que además establece su número y organización y los remueve de sus cargos.

¿Representaría entonces una quiebra con respecto a la autonomía orgánica del OSIPTEL esta circunstancia? Nos inclinamos porque no sea así, pero sería deseable que fuera uniforme el régimen de ambos tribunales, independientemente de la distinta temática de conocimiento que se le haya asignado, ya que ello representa una garantía con respecto al tipo de órganos que formen parte de la entidad, se pueda contar con la idoneidad profesional e independencia entre quienes toman las decisiones que afectan el desarrollo de la actividad de telecomunicaciones.

2. ASPECTOS FUNCIONALES

Uno de los aspectos que tiene mayor discusión en la doctrina con respecto a la determinación de la naturaleza de las entidades de regulación es el referido a la autonomía funcional, es decir, al sentido y extensión que tiene la neutralidad y la independencia en el ejercicio de sus funciones⁶⁴.

Como bien sostiene BETANCOR, el punto de partida para conceptualizar a las entidades de regulación puede situarse en el hecho de que las mismas «responden a dos características fundamentales: la independencia y la neutralidad; la independencia del Gobierno y la neutralidad política de su gestión»⁶⁵, siendo la primera, una característica estructural que sirve de garantía a la segunda, la cual, es de índole funcional⁶⁶.

Ya, SALA ARQUER había adelantado dentro de la doctrina un trabajo⁶⁷ concerniente a ambas caracte-

rísticas de las administraciones independientes; así, el autor, realiza una exposición sobre la teoría de la neutralidad como ensayo de explicación de las Administraciones independientes, para lo cual se sirve de las tesis de Carl Schmitt y de Fichtmüller⁶⁸, extrayendo dos ideas importantes: neutralidad e independencia, las que estudiaremos a continuación como parte de los aspectos funcionales de los Organismos Reguladores.

2.1 Neutralidad

La primera, vinculada a que la neutralidad a la que se hace referencia, está situada en el ámbito del ejecutivo, es decir la neutralidad en la esfera política, en el ámbito en el que se adoptan decisiones de carácter político –y no jurisdiccional o institucional-, apoyada sobre las bases del despliegue de especiales conocimientos (o neutralidad del experto) y, la concurrencia de grupos políticos opuestos en una situación de paridad; y, la segunda, que tiene que ver con la independencia, de acuerdo con la cual, la posición jurídica de las administraciones independientes va a quedar definida por una tensión entre principios favorecedores de su inmunidad frente al control y dirección del Gobierno, y principios destinados a salvaguardar la unidad de la acción del Estado, residiendo el problema en determinar hasta dónde puede llegar esa influencia gubernamental sin desnaturalizar el carácter propio de estos organismos⁶⁹.

Entonces, en resumen, como principio general, el OSIPTEL desarrolla su actividad de forma independiente en la medida que el Ejecutivo y el Ministerio del Sector ejerzan sobre las facultades que les correspondan de acuerdo con la normativa específica de manera que se respete sus correspondientes ámbitos de autonomía⁷⁰.

Sin embargo, el caso del organismo regulador de las telecomunicaciones es probablemente el más complejo y que más aristas presenta en lo que es su autonomía e independencia funcional con respecto al ejercicio de sus funciones⁷¹.

63 Al respecto, *vid.* el artículo 37° de la Ley N° 27336, de 17 de julio de 2000, Ley de desarrollo de las funciones y facultades del OSIPTEL y los artículos 75° y 94° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

64 En la misma línea, M. MAGIDE HERRERO, «Límites constitucionales de las Administraciones Independientes», Ed. INAP – MAP, Madrid, 2000, p.84; sostiene que «la independencia funcional de una Administración institucional se refiere a sus relaciones con la Administración gubernativa en el desempeño de sus competencias».

65 BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «Las administraciones independientes», Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p.25.

66 BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «Las administraciones...», *Loc. cit.*, ídem.

67 SALA ARQUER, J. M., «El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes», En: Revista Española de Administración Pública, Abril-Junio, 1984, p.401.

68 SCHMITT: *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931, pp.106 y 151 y ss.; FICHTMÜLLER, C.P.: *Zulässigkeit ministerialfreien Raums in der Bundesverwaltung*, citados por SALA ARQUER, J. M., *Ob. cit.*, p.403 y ss.

69 SALA ARQUER, J. M., *Ob. cit.*, pp.408-410.

70 Al respecto, en el Proyecto de Ley N° 7233/2002-CR, presentado el 17 de junio de 2003, Proyecto de Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que fuera elaborado por la Presidencia del Consejo de Ministros y que está en trámite en el Congreso, se ha propuesto que los Organismos Reguladores sean caracterizados legalmente como «Organismos Funcionalmente Independientes», dotados en teoría de un mayor grado de autonomía técnica que otras entidades del Poder Ejecutivo que también tienen personalidad jurídica propia.

71 DANÓS ORDÓÑEZ, J., *Ob. cit.*, p.11.

Si bien de acuerdo con su Reglamento General, tiene como objetivo «regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de su competencia, el desenvolvimiento de mercado de servicios públicos de telecomunicaciones y el comportamiento de las empresas operadores, las relaciones de dichas empresas entre sí, y las de éstas con los usuarios (...)»⁷², debe señalarse, que para alcanzar dicho objetivo general no puede desvincularse estructuralmente de las competencias asignadas al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, ya que conforme lo señala la Ley de Telecomunicaciones peruana, éste tiene, entre otras, como la atribución de fijar la política del sector de telecomunicaciones, elaborar y proponer la normativa y expedir resoluciones de asuntos del sector, otorgar concesiones y los diversos títulos habilitantes para la prestación de actividades de telecomunicaciones y controlar su correcta utilización⁷³.

Esto significa, innegablemente, que hay una serie de «competencias compartidas», ya que la legislación no le reconoce al OSIPTEL competencias exclusivas en materia de telecomunicaciones. Como consecuencia de estos «espacios comunes» se requiere establecer niveles de coordinación de manera que la política general del sector no se vea afectada por la acción del OSIPTEL, o los objetivos del regulador no se vean mediatizados por la acción del Ministerio⁷⁴.

2.2 Independencia

El planteamiento que precede, incorpora en el análisis lo que la doctrina califica como uno de los elementos definitorios de las entidades de regulación, es decir, la independencia de órdenes e instrucciones del Gobierno, lo que bien puede distinguirse de lo que significa establecer niveles de coordinación.

En el caso del OSIPTEL, el legislador ha sido claro al establecer como «principio de acción» de dicha entidad, que «no se encuentra sujeto en su actuación funcional a mandato imperativo de ningún otro órgano o entidad del Estado»⁷⁵, es decir, se establece expresamente la prohibición de que se le impongan órdenes e instrucciones en su actuación. La doctrina⁷⁶ es mayoritaria con respecto a este elemento caracterizador; sin embargo, algunos consideran que

el Gobierno mantiene la facultad de impartir directrices, es decir, actos menos intensos que las órdenes, pero respecto de los cuales la entidad reguladora puede separarse «por la vinculación más fuerte a la función legal que tiene encomendada»⁷⁷.

Al respecto, frente a lo que podría representar una directriz del Gobierno, el legislador peruano ha exagerado las precauciones con respecto a la autonomía funcional del OSIPTEL, al disponer que el accionar de la entidad se «sujetará estrictamente a las normas legales aplicables y a estudios técnicos debidamente sustentados»⁷⁸, lo cual, concuerda con lo que señala la doctrina con respecto a que «una Administración será tanto más independiente cuando menos capacidad atribuyan las normas a la Administración gubernativa para determinar o dirigir directamente el ejercicio de sus competencias mediante instrumentos no normativos»⁷⁹.

Lo dicho hasta aquí nos muestra que, de forma independiente a no estar sujeto a mandato imperativo, el OSIPTEL se encuentra subordinado al Gobierno, al ser éste el órgano indirectamente representativo titular de las funciones ejecutivas y administrativas, de ahí que, como sostiene SANCHEZ RODRÍGUEZ, la independencia no sea total sino que existe una *gradación de la independencia* (o la autonomía administrativa pero no la política), porque las Administraciones se definen precisamente por ser poderes de gestión independientemente limitadas⁸⁰.

2.3 Régimen de sus decisiones

Finalmente, la calidad que tienen los actos administrativos que expide el OSIPTEL con respecto a si los mismos agotan la vía administrativa o si son vinculantes, es también considerada como uno de los elementos que definen la autonomía funcional de la entidad reguladora.

Al respecto, debemos señalar que ambas cuestiones han sido reguladas en el marco jurídico que le es aplicable a la entidad reguladora de las telecomunicaciones en el Perú, ya que se ha establecido que aquellas resoluciones que deriven del ejercicio de su función de solución de controversias constituyen última instancia administrativa, además son de obliga-

72 Al respecto, *vid.* el artículo 18° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

73 Al respecto, *vid.* el artículo 75° del Decreto Supremo N° 013-93-TCC.

74 Al respecto, el artículo 38° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (modificado por el D.S. N° 29-2002-MTC, publicado el 30 de junio de 2002) es un ámbito de coordinación establecido en la normativa entre el OSIPTEL y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en lo que a la celebración y/o renovación de cualquier contrato de concesión referido a la prestación de servicios portadores o servicios finales públicos respecta.

75 Al respecto, *vid.* el artículo 10° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

76 Al respecto, *vid.* por todos el planteamiento de MAGIDE HERRERO, M., «Límites constitucionales...», *Ob. cit.*, pp.84-88.

77 Este planteamiento es del A. BETANCOR RODRIGUEZ, «Las administraciones...», *Ob. cit.*, p.201.

78 Al respecto, *vid.* el artículo 10° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

79 MAGIDE HERRERO, Mariano, «Límites constitucionales...», *Loc. cit.*, ídem.

80 Seguimos el planteamiento que hace A. J. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, «Derecho de las telecomunicaciones...», *Ob. cit.*, pp.182 y 183.

torio cumplimiento y constituyen precedente en materia administrativa⁸¹. Tampoco es posible que sus resoluciones puedan ser objeto de declaratoria de nulidad de oficio por las mismas razones⁸².

De esta manera, se ha garantizado que respecto de lo resuelto por el OSIPTEL no haya ninguna otra instancia administrativa, y que la vía para recurrir es el proceso contencioso administrativo. Asimismo, se ha reforzado el carácter de ejecutabilidad de sus resoluciones al establecer expresamente la obligatoriedad de su cumplimiento⁸³.

II. OBJETO Y FUNCIONES DEL OSIPTEL

1. OBJETO

Luego de analizada la naturaleza jurídica de la entidad reguladora de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú, lo que corresponde ahora es estudiar el objeto de dicha entidad, así como las funciones que su marco jurídico le ha atribuido.

Con relación al **objeto**, de forma general, puede señalarse que es el ejercer sus atribuciones («regular, normar, supervisar y fiscalizar dentro del ámbito de su competencia»⁸⁴) para garantizar que en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones rijan los principios de libre competencia («comportamiento de las empresas operadoras, las relaciones de dichas empresas entre sí y las de éstas con los usuarios»⁸⁵), se protejan los derechos de los usuarios («garantizando las calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario»⁸⁶) y se mantenga un equilibrio en dicha actividad económica («regulando el equilibrio de las tarifas y facilitando al mercado una explotación y uso eficiente de los servicios públicos de telecomunicaciones»⁸⁷).

2. FUNCIONES

Ahora bien, con relación a las *funciones*, el marco jurídico del OSIPTEL le ha atribuido las funciones de supervisión, regulación, normativa, fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias y de solución de reclamos de usuarios, las que, como pue-

de apreciarse, están estrechamente vinculadas con el objeto de la entidad reguladora, de ahí que sea necesario que las estudiemos con mayor amplitud en los apartados siguientes.

2.1 Supervisión

La supervisión administrativa puede ser definida como una actividad de la Administración, limitativa de la libertad de los administrados, mediante la cual se pretende garantizar que los sujetos privados, o públicos que actúan en régimen de Derecho privado, que operan en determinado sector o desarrollan una actividad se ajusten en su actuación a lo establecido en la ordenación de dicho sector o actividad⁸⁸.

Sobre esta base se explica la definición de supervisión establecida en el Reglamento General del OSIPTEL, como aquella que permite «(...) verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia»⁸⁹, asimismo, «permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio OSIPTEL o cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dicha entidad»⁹⁰.

Es indudable la aplicación de esta definición hacia lo que es una de las características que definen el rol que cumplen las entidades de regulación, como es el caso de OSIPTEL, ya que las mismas se erigen como garantes del normal desarrollo de determinadas actividades y dicha garantía suele basarse en un control previo, en un seguimiento de la actividad, mediante el ejercicio de facultades de vigilancia e inspección, en la posibilidad correctora de imponer mandatos imperativos, en la observación de las conductas de los operadores en el mercado y en un control represivo, mediante el ejercicio de la potestad sancionadora.

Todos estos aspectos han sido reflejados por el legislador peruano en el artículo 39 de su Reglamento General, cuando dispone que los alcances de la función supervisora se extiende a: «a) Los niveles de

81 Al respecto, *vid.* el artículo 9° de la Ley N° 27332 y los artículos 91°, 94° y 108° (referido a la publicación de decisiones y jurisprudencia administrativa) del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

82 Al respecto, *vid.* el numeral 2.8 del artículo V y el artículo 202.5 de la Ley N° 27444, 10 de abril de 2001, Ley de Procedimiento Administrativo General, cuyo texto dispone que, «Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales competentes para resolver controversias en sede administrativa, no pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio (...)».

83 Respecto de la ejecutabilidad de las resoluciones y decisiones del OSIPTEL así como de la posibilidad de suspensión de procedimientos, ambos aspectos han sido normados en el artículo 108 del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

84 Al respecto, *vid.* el artículo 18 del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

85 Al respecto, *vid.* el artículo 18 del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

86 Al respecto, *vid.* el artículo 18 del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

87 Al respecto, *vid.* el artículo 18 del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

88 MAGIDE HERRERO, Mariano, «Límites constitucionales...», *Ob. cit.*, p.324.

89 Al respecto, *vid.* el artículo 36 del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General de OSIPTEL.

90 Al respecto, *vid.* el artículo 36 del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General de OSIPTEL.

calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, incluyendo las relaciones de las empresas operadoras con los usuarios y el cumplimiento de las obligaciones de expansión del servicios; b) La aplicación de las disposiciones normativas y/o regulatorias, dictadas en el ejercicio de sus atribuciones; c) El cumplimiento de las normas técnicas de interconexión y el derecho de las empresas operadoras de acceder a la red; d) La competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones; e) Asegurar el cumplimiento por parte de las empresas operadoras de servicios, de la normalización establecida por el MINISTERIO (...); f) El cumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato de concesión (...).

Finalmente, debe tenerse presente que no es necesario, para poder hablar de supervisión, que entren en juego todas las potestades mencionadas, sino que aquello que define la supervisión es la conjunción de su objeto, es decir, la garantía del correcto cumplimiento de las normas y actos administrativos que fijan con cierta unidad de sentido la organización y funcionamiento de los servicios públicos de telecomunicaciones, y, su forma, de manera que se entienda que se trata de una actividad limitadora de la esfera jurídica de los particulares⁹¹.

2.2 Regulación

El legislador peruano ha restringido la definición de la función de regulación al ámbito de fijación de tarifas⁹², con lo que le ha dado un contenido más económico que aquél general que comprende un conjunto de técnicas de intervención pública en el mercado.

Siendo este el perfil de la función reguladora del OSIPTEL, observamos además que en su contenido concreto, se han seguido los patrones comunes (o también llamado «método de regulación»), y que tienen que ver con el contenido de la regulación de actividades económicas consideradas como servicios públicos.

Nos referimos, en primer lugar, a que se tiene claro

que la regulación tarifaria es una técnica de intervención continua y abierta en todo momento a las situaciones que así lo requieran, como puede apreciarse en el artículo 30⁹³ del Reglamento General que establece los alcances del ejercicio de la función reguladora.

De otro lado, la normativa que específicamente establece los parámetros de la regulación tarifaria está orientada hacia el mercado, es decir, tiene como base el principio de libertad de determinación de las tarifas aplicables a los respectivos servicios en el mercado de telecomunicaciones⁹⁴.

Asimismo, es un tipo de regulación que restringe y condiciona la actuación de los operadores cuando estipula que el OSIPTEL «podrá fijar diferentes modalidades de tarifas tope para determinados servicios públicos de telecomunicaciones (...)», llegando incluso a definir las características básicas de las «tarifas tope»⁹⁵, como se aprecia en la disposición contenida en el artículo 33^o del Reglamento General de la entidad⁹⁶.

Cuando se dispone que «el OSIPTEL puede desregular las tarifas si verifica condiciones de competencia efectiva entre las empresas operadoras que garanticen una tarifa razonable en beneficio del usuario», se observa que el modelo de regulación tarifaria conserva en su núcleo duro el ser una regulación para la competencia, que aspira a un mercado eficiente, pero además – y este es un aspecto importante –, se orienta a que el mercado, como institución social cumpla con una función económica asociada a la satisfacción de los intereses de los usuarios, que por lo general están al margen del mercado, sobre todo en actividades como las telecomunicaciones que por tener carácter esencial son considerados como servicios públicos.

En el ejercicio de la función de regulación tarifaria, el OSIPTEL deberá observar la Ley N° 27838, de 3 de octubre de 2002, Ley de Transparencia y Simplificación de los procedimientos regulatorios de tarifas, dispositivo que tiene por finalidad el garantizar que la determinación de tarifas sea ejecutada «con estricta sujeción a criterios técnicos, legales y económi-

91 MAGIDE HERRERO, Mariano, *Límites constitucionales...* Loc. cit., ídem.

92 Al respecto, vid. el artículo 23° del Decreto Supremo N° 008-2001-MTC, Reglamento General del OSIPTEL.

93 Al respecto, el artículo 30° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, dispone: «Artículo 30°.- En ejercicio de la función reguladora el OSIPTEL fijará tarifas, establecerá sistemas tarifarios en sus diferentes modalidades y dictará las disposiciones que sean necesarias para tal efecto».

94 Al respecto, vid. el primer párrafo del artículo 32° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

95 Al respecto, vid. el primer segundo párrafo del artículo 32° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

96 Al respecto, el artículo 33° del Decreto Supremo N° 008-2002-PCM dispone que:

«Artículo 33.- Resoluciones Tarifarias. Mediante Resolución Tarifaria OSIPTEL puede: a) Fijar diferentes modalidades de tarifas tope para servicios portadores, finales o de difusión de carácter público, así como las reglas para su aplicación. b) Disponer la revisión de dichas tarifas o fijar los ajustes que correspondan; y c) Establecer sistemas de tarifas que incluyan un conjunto de reglas y disposiciones tarifarias a que se sujetarán las empresas operadoras para la aplicación de tarifas, planes tarifarios, ofertas, descuentos y promociones».

97 Al respecto, vid. el artículo 2° de la Ley N° 27838.

cos»⁹⁷, y además que se deban establecer aquellos mecanismos que «garanticen efectivamente la mayor transparencia en el proceso de fijación de tarifas reguladas mediante el acceso a toda la información utilizada»⁹⁸ en este caso por OSIPTEL.

La referida Ley N° 27838 dispuso que las entidades de regulación aprobaran una norma que fije «el procedimiento para determinar la regulación de las tarifas»⁹⁹. Al respecto, mediante la Resolución 127-2003-CD/OSIPTEL¹⁰⁰, de 25 de diciembre de 2003, se aprobó el procedimiento para la fijación y/o revisión de las tarifas tope, bajo la premisa de que la facultad reguladora de OSIPTEL no implica la posibilidad de determinar la tarifa que será efectivamente pagada por el usuario del servicio, ya que quien establece libremente esta tarifa es el operador, con la única restricción de no poder exceder el valor de la correspondiente «Tarifa Tope» que hubiera sido fijada por OSIPTEL.

Finalmente, un aspecto que es necesario tener en cuenta en relación con este procedimiento es que el mismo no es aplicable a ajustes de tarifas tope, sino que están circunscritos a la actualización de los valores de dichas tarifas que ya fueron establecidos previamente, a fin de re-expresar dichos valores mediante operaciones de adecuación, aplicando los mecanismos preestablecidos en las Resoluciones Tarifarias o en los Contratos de Concesión en los cuales fueron establecidas¹⁰¹.

2.3 Normativa

En el análisis dedicado a las entidades de regulación, los poderes normativos han suscitado siempre especial atención. Este interés tiene una fácil justificación en el hecho de que es una forma de participación de la entidad de regulación en una función tradicionalmente considerada del Ejecutivo, la de reglamentación¹⁰².

Uno de los ámbitos donde se produce la polémica es cuando a dichas entidades se les acusa de ser «pequeños legisladores irresponsables y desestabilizantes»¹⁰³. La irresponsabilidad se atribuye a que las entidades de relación no tienen una legitimación de-

mocrático-representativa, ni responden al ejercicio de la potestad normativa en órganos políticos directa o indirectamente representativos; y el ser desestabilizantes, porque la norma de la entidad reguladora puede entrar en pugna con la del Parlamento.

Sobre este cuestionamiento, consideramos que puede ser superado ya que tomando como punto de partida el Reglamento General de una entidad reguladora, y en este caso el del OSIPTEL, se observa que el contenido del mismo no es libre ni abierto como lo son las leyes, ya que se debe respetar el objeto a reglamentar y el marco jurídico sectorial vigente, precisamente por este motivo es que difícilmente podría entrar en pugna con la norma del Parlamento puesto que la misma es su referente y condicionante.

Otro de los ámbitos de la polémica y que han tenido tratamiento en la doctrina, es el que las entidades de regulación ejerzan la potestad reglamentaria y que ello no signifique un detrimento a la potestad del Ejecutivo.

Al respecto, consideramos que si bien en el caso del OSIPTEL, el «bloqueo de legalidad» (ley-reglamento) le ha otorgado dicha potestad a la entidad reguladora de las telecomunicaciones, el Ejecutivo no tiene porque ver disminuido el ejercicio de dicha potestad ya que la misma es una potestad originaria, además la potestad reglamentaria del OSIPTEL no puede ser una potestad general sino especial, tanto por su campo de aplicación (afecta a los operadores que actúen en el sector de telecomunicaciones) y como por su contenido limitado (asuntos señalados en el artículo 25° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM) y sujeta a lo dispuesto en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento¹⁰⁴.

El legislador peruano ha querido que el OSIPTEL pueda ejercer la función normativa de forma exclusiva y dentro del ámbito de su competencia a través de reglamentos y normas de carácter general. Al mismo tiempo, ha considerado dentro del ejercicio de dicha función el que pueda dictar «mandatos y normas de carácter particular»¹⁰⁵ que estén referidos «a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios»¹⁰⁶.

98 Al respecto, *vid.* el artículo 2° de la Ley N° 27838.

99 Al respecto, *vid.* el artículo 3° de la Ley N° 27838.

100 Es necesario referir que en el caso del OSIPTEL, la temática ya había sido regulada mediante la Resolución N° 005-2002-CD/OSIPTEL, de 15 de febrero de 2002, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 124-2001-PCM, de 1 de diciembre de 2001, actualmente derogado.

101 Sobre esto último, *vid.* la exposición de motivos de la Resolución 127-2003-CD/OSIPTEL, p.2; disponible en: <http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=T&IDBase=2731> (8/10/2004).

102 MARZONA, N., «Il potere normativo delle autorità indipendenti», en CASSESE S. e FRANCHINI, C. (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia nel nostro paese*, Ed. Il Mulino, Bologna 1996, p.88.

103 MERUSI, F. y PASSARO, M., *Le autorità indipendenti*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2003, p.96.

104 Al respecto, seguimos el planteamiento de E. VIRGALA FORURIA, *Ob. cit.*, pp.294-295.

105 Al respecto, *vid.* el artículo 3° de la Ley N° 27332 y el artículo 23° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

106 Al respecto, *vid.* el artículo 3° de la Ley N° 27332 y el artículo 23° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

Como puede apreciarse en la definición de la función normativa del OSIPTEL pueden distinguirse claramente dos ámbitos, que en nuestro concepto pueden diferenciarse de manera que, en un caso, estemos frente a lo que se conoce como potestad normativa o reglamentaria y, en otro, a lo que es la función de regulación que le es inherente a la entidad.

En lo que respecta a la potestad normativa propiamente dicha, lo que hay que tener claro es que los actos normativos de OSIPTEL, cualquiera que sea la manifestación formal que asuman¹⁰⁷ (reglamentos, resoluciones, lineamientos etc.) intervienen para complementar la norma primaria o la norma general de telecomunicaciones, de un lado, porque es la propia Ley la que remite a los actos de las entidades regulatorias para ser integrada y alcance la ejecución, del otro, porque a falta de una intervención normativa de la entidad reguladora, la ley no podría ser aplicada o sería en todo caso incapaz de alcanzar las finalidades que la sustentan¹⁰⁸.

Es necesario precisar también que dentro de la potestad normativa propiamente dicha que se le ha otorgado al OSIPTEL existen dos manifestaciones claras: una, respecto de su propia organización y actuación que se califica como *ad intra*, y otra que de forma general, se dirige hacia destinatarios externos vinculados con la actividad de las telecomunicaciones, a la que se califica como *ad extra*¹⁰⁹.

En el caso de la normativa *ad intra*, estamos frente a lo que es la capacidad de autoorganización del OSIPTEL, muestra de lo cual, es el inciso c) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, cuando establece que la función normativa puede estar referida a: «(...) Organización interna del OSIPTEL, incluyendo la creación de gerencias».

En el caso de la normativa *ad extra*, estamos frente al supuesto que hemos definido como potestad reglamentaria propiamente dicha y que supone que la entidad reguladora expida normas aplicables con alcance general, a todos los que estén vinculados con la actividad de telecomunicaciones.

Respecto a la función reguladora, como hemos señalado, el legislador peruano ha restringido su ejercicio al ámbito tarifario, cuando en realidad, como

se aprecia en el segundo párrafo del glosado artículo 23° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM y en la lista de «asuntos» del artículo 25° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, dicha función tiene un ámbito de extensión que va más allá de lo tarifario ya que se inserta en la totalidad de la actividad económica de manera que algunos de los supuestos previstos en la referida lista son propios de una acción reguladora, como por ejemplo, el previsto en el inciso n), referido a «Dictar mandatos de interconexión», y otros están vinculados con el ejercicio de la potestad reglamentaria.

El cuestionamiento que debe formularse entonces está en la falta de claridad del legislador con respecto a lo que es la potestad normativa y lo que es la utilización de la regulación en actividades económicas como las telecomunicaciones, de ahí que consideramos equivocada la técnica legislativa utilizada ya que trata de «encerrar» en una norma los «asuntos» a través de los cuales puede ejercerse la potestad reguladora, cuando la claridad con respecto a ello puede encontrarse estableciendo de forma general las materias, las que por remisión derivan de la ley general.

2.4. Fiscalizadora y sancionadora

La función de fiscalización, llamada en otras latitudes como actividad administrativa de inspección, suele ser considerada como una facultad de policía preventiva, sin embargo, la actuación de la entidad administrativa, en este caso del OSIPTEL, «no se limita a la mera función de vigilancia orientada a prevenir riesgos y daños, sino que debe activar y, en su caso, adoptar mecanismos de reacción previstos en el ordenamiento contra la trasgresión de la legalidad administrativa y, sobre todo, del restablecimiento del orden perturbado»¹¹⁰.

Como ha sucedido en caso del marco jurídico del OSIPTEL, la función de fiscalización ha estado tradicionalmente vinculada al ejercicio de la potestad sancionadora, conexión que es innegable desde el punto de vista de la efectividad de la potestad sancionadora, por lo que debe tenerse presente en el orden operativo o funcional¹¹¹. Sin embargo, esta consideración no debe condicionar la necesidad de desligar conceptualmente la actividad de fiscalización de la potestad sancionadora.

107 Como refiere C. MALINCONICO, «Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti», en CASSESE S. e FRANCHINI, C. (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano ; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia nel nostro paese*, Ed. Il Mulino, Bologna 1996, p.37; la potestad normativa «si esplica non in vere e proprie norme di diritti positivo, ma piuttosto in disposizioni dell'ordinamento settoriale, senza con questo, peraltro, perdere di rilevanza».

108 En este punto seguimos a M. A. CABIDDU y D. CALDIROLA, «L'attività normativa delle autorità indipendenti», *Amministrare* a. XXX, N° 12, Gennaio-agosto, 2000, p.39.

109 CARLON RUIZ M., «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», en F. SOSA WAGNER (Coord.), «El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo», T. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.2918.

110 FERNANDEZ RAMOS, S., «La actividad administrativa de inspección», Granada, Ed. Comares, p.23.

111 FERNANDEZ RAMOS, S., *Ob. cit.*, p.24.

Lógicamente de la actuación de la función fiscalizadora podrá eventualmente derivarse consecuencias en el ámbito sancionador, pero como tales constituyen responsabilidades objetivables que pueden derivar en una infracción y a su correspondiente sanción en el orden administrativo; lo que se diferencia, desde una perspectiva institucional, de lo que es la tutela de aquellos intereses (personales o materiales) vinculados con la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

Sin embargo, esto que acabamos de explicar desde un punto de vista conceptual, no tiene su reflejo en la definición de la función fiscalizadora y sancionadora, ya que tanto en la Ley N° 27332¹¹² como en el Reglamento General del OSIPTEL¹¹³, el enunciado está únicamente referido a lo que es la potestad sancionadora sin hacer referencia a la fiscalización como una actividad conexas pero perfectamente diferenciable.

De esta forma, se tendría que observar el ejercicio de la función fiscalizadora como aquellas acciones encaminadas a garantizar la efectividad de la potestad sancionadora, es decir, como aquellas «actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar»¹¹⁴ si se producen aquellas circunstancias que justifiquen la iniciación del procedimiento sancionador.

Sin embargo, la Ley N° 27332, corrigió dicha omisión, para lo cual remitió al Título I del Decreto Legislativo N° 807, de 16 de abril de 1996, Ley sobre Facultades y Normas y Organización del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, referido a las facultades de las Comisiones y Oficinas del INDECOPI en los aspectos referidos al ejercicio de la función fiscalizadora.

Con esta remisión normativa el ejercicio por los órganos del OSIPTEL de la función fiscalizadora, puede ser claramente diferenciado del de la potestad sancionadora ya que se han establecido una serie de facultades que están vinculadas como las de exigir la exhibición de documentos, citar personas e interrogarlas, realizar inspecciones, solicitar informaciones a organismos públicos y efectuar cru-

ces de información¹¹⁵. Asimismo, se establecen las reglas que deben seguirse con respecto al manejo de información, declaración de reserva, etc.¹¹⁶.

En resumen, se ha dotado de contenido al ejercicio de la función de fiscalización, con lo que podrá haber una real tutela de aquellos intereses (personales o materiales), vinculados con la prestación del servicio público de telecomunicaciones, y una verdadera garantía de la eficacia de la potestad sancionadora de la entidad reguladora. Respecto de esto último, que implica la conexión entre la función fiscalizadora y la potestad sancionadora, debe tenerse presente que al final redundará sobre la conservación de la independencia de la entidad reguladora al no tener que depender de la actuación previa de un órgano político, como el Ministerio, de forma previa a imponer una sanción¹¹⁷.

En lo que respecta a la configuración de la potestad sancionadora, debe señalarse que en el sector de telecomunicaciones, el OSIPTEL comparte el ejercicio de dicha potestad con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, pero cada uno lo hace dentro del ámbito competencial establecido en la Ley N° 27336 y en el TUO de la Ley de Telecomunicaciones, respectivamente.

La potestad sancionadora del OSIPTEL se extiende sobre las infracciones vinculadas con el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión de los servicios públicos de telecomunicaciones¹¹⁸.

Lo que llama la atención de cómo se ha configurado la potestad sancionadora del OSIPTEL, es la facultad que le ha otorgado la Ley N° 27336, con respecto a «tipificar los hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas y a imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, en el ámbito de su competencia y con las limitaciones contenidas en esta Ley»¹¹⁹, ya que ello significa una ruptura con el principio de legalidad en materia sancionadora porque se está facultando a un órgano administrativo dotado de una facultad de reglamentación que a través de la misma establece infracciones y sus respectivas sanciones¹²⁰.

112 Al respecto, *vid.* el inciso d) del artículo 3° de la Ley N° 27332. Si bien el inciso reza «Función fiscalizadora y sancionadora...», el enunciado corresponde a la potestad sancionadora

113 Al respecto, *vid.* el artículo 40° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

114 Al respecto, *vid.* el artículo 235.2° de la Ley N° 27444, de 10 de abril de 2001, Ley de Procedimiento Administrativo General.

115 Al respecto, *vid.* el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 807.

116 Al respecto, *vid.* los artículos 3°, 4°, 5° y 6° del Decreto Legislativo N° 807.

117 VIRGALA FORURIA, E. *Ob. cit.*, p.317.

118 Al respecto, *vid.* el inciso d) del artículo 3° de la Ley N° 27332 y el artículo 40° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

119 Al respecto, *vid.* el artículo 24° de la Ley N° 27336 y el artículo 44° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

120 La modificación a la definición de la función normativa del OSIPTEL contenido en el inciso c) del artículo 3° de la Ley N° 27332 se realizó mediante la Ley N° 27631, de 16 de enero de 2002, al añadirle un segundo párrafo que dispone: «c) Función normativa: (...) Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones regulatorias y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones

Al respecto, la Ley N° 27444, Ley General de Procedimiento Administrativo, ha previsto como excepción al principio de tipicidad en materia sancionadora, precisamente la posibilidad de que una ley permita tipificar por vía reglamentaria, con lo cual el sistema normativo guarda una coherencia, pero más allá de ello, lo que debe cuestionarse son los motivos que han llevado al legislador peruano aplicar dicha excepción en el caso del OSIPTEL.

En nuestra opinión, la respuesta está fundamentalmente en el carácter eminentemente técnico de este tipo de entidades administrativas y por la especialidad que desarrollan con respecto a la actividad que regulan así como en la dinámica propia de la actividad de las telecomunicaciones que requiere actuaciones eficaces –y en el menor tiempo– en relación a preservar el equilibrio del mercado y el respeto de los derechos de quienes son parte del mismo ya que de lo contrario se podría producir una grave afectación al interés público.

Puede parecer exagerado justificar la excepción al principio de tipicidad en materia sancionadora de esta manera, pero la cercanía y especialización técnica de las entidades reguladoras son una ventaja con respecto a los largos procesos de producción de normas, ya que permiten analizar las circunstancias, y a partir de ello establecer que acciones constituyen infracciones y cuál debe ser su respectiva sanción, de manera que no haya un perjuicio en la prestación del servicio o este sea el menor posible.

En relación al procedimiento sancionador¹²¹, no tiene mayores particularidades, ya que es garantista con respecto a la posibilidad de presentar descargos dentro de un plazo razonable y a que sean distintos los órganos que efectúan la instrucción y que expiden la respectiva sanción.

Finalmente, otro aspecto importante es el referido al registro de «sanciones aplicadas»¹²² que debe llevar el OSIPTEL ya que el mismo le facilita detectar casos de reincidencia, pero sobre todo el poder realizar una mejor graduación de las sanciones.

2.5 Solución de controversias

Como sostiene DANÓS, en las épocas en que el Estado peruano prestaba servicios públicos ya sea di-

rectamente o a través de empresas estatales, no existía instancia alguna en sede administrativa para la solución de controversias con los usuarios o con agentes vinculados, por lo que es recién con la privatización de empresas de servicios públicos y el inicio del proceso de otorgamiento de concesiones, que se toma conciencia de la necesidad de establecer mecanismos ágiles y técnicos para la solución en sede administrativa de los posibles conflictos que se suscitan en dicho ámbito¹²³.

Con respecto al ejercicio de esta función, es necesario señalar que la Ley N° 27332 ha diferenciado entre la función de resolver controversias que corresponden a los operadores, con la función de resolución de reclamos de los usuarios¹²⁴, disposición que tiene su antecedente más próximo en el primer reglamento que normó dichos procedimientos en el ámbito de las telecomunicaciones y que fuera aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo del OSIPTEL N° 001-95-CD/OSIPTEL¹²⁵, que posteriormente fue reemplazada por la hoy vigente Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL¹²⁶.

Con el propósito de asumir esta función, el OSIPTEL, conforme lo dispone la Ley N° 27332 cuenta en su estructura con un órgano especializado denominado Tribunal de Solución de Controversias como última instancia administrativa, y que está compuesto de 5 miembros, cuyo proceso de designación y requisitos de idoneidad e incompatibilidades – como ya hemos tenido oportunidad de analizarlo – son los mismos que se exigen para integrar el Consejo Directivo.

El objetivo de contar con un Tribunal que desarrolle funciones resolutorias distintas del Consejo Directivo, es que el mismo constituya un órgano neutral, integrado por expertos técnicos, que actúen independientemente tanto respecto de la propia entidad reguladora como del Poder Ejecutivo y de los operadores para generar seguridad jurídica en el mercado.

En el Perú, como sucede en otros países, no se admite que la Administración pueda ejercer función jurisdiccional porque no lo permite la Constitución¹²⁷, ya que la misma reserva el ejercicio de dicha función al Poder Judicial y a otros órganos constitucionales como el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales. Por lo tan-

dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el organismo regulador».

121 Al respecto, *vid.* el artículo 24° de la Ley N° 27336.

122 Al respecto, *vid.* el artículo 47° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

123 DANÓS ORDÓÑEZ, J., *Ob. cit.*, p.12.

124 Al respecto, *vid.* los incisos e) y f) del artículo 3° de la Ley N° 27332.

125 Publicada el 6 de enero de 1995.

126 Publicada el 21 de abril de 2002.

127 Al respecto los artículos 138° y 139° de la Constitución Peruana de 1993, disponen: «Artículo N° 138°.- La potestad de administrar justicia (...) se ejerce por el Poder Judicial (...); «artículo.- 139° Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1.- La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral (...).».

to, los referidos Tribunales de Solución de Controversias que forman parte de las entidades de regulación, no obstante resolver controversias entre empresas prestadoras privadas, lo hacen en ejercicio de potestades administrativas¹²⁸.

Al respecto, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, ha regulado de manera específica lo que denomina «procedimientos administrativos trilaterales», precisamente para encauzar aquellos supuestos en los que la ley confiere potestades a los órganos de la administración pública para resolver en sede administrativa controversias que enfrente a dos o más particulares entre sí, sin perjuicio de que en caso de inconformidad con lo resuelto por la administración la parte que se siente afectada en virtud del derecho a la tutela judicial puede acudir a la justicia para cuestionar la legalidad de la decisión administrativa¹²⁹.

Es necesario referir que el OSIPTEL ha establecido una instancia previa de resolución de los conflictos, la misma que está a cargo de Cuerpos colegiados designados por el respectivo Consejo Directivo de la entidad por lo que no necesariamente cuentan con las garantías de independencia funcional como quienes integran el Tribunal de Solución de Controversias que resolverá en última instancia¹³⁰.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 55° del Reglamento General la competencia exclusiva de OSIPTEL a través de los citados cuerpos colegiados y de su Tribunal de Solución de Controversias ha sido establecida con carácter obligatorio y previo a la posibilidad de que las empresas sometan el conocimiento de sus conflictos ante las instancias jurisdiccionales.

De otro lado, se ha previsto la posibilidad del recurso de arbitraje administrativo para la resolución de controversias¹³¹, de forma que OSIPTEL pueda actuar como institución organizadora de arbitrajes para la solución de controversias entre empresas operadoras, exceptuándose las materias que involucren el

ejercicio de atribuciones o funciones de imperio del Estado y las referidas a las funciones que le compete desarrollar a la entidad reguladora, entre otras¹³².

Esta vía arbitral es alternativa para las empresas y excluyente de la vía administrativa, constituye la única forma en que las empresas prestadoras pueden exceptuarse de la obligatoriedad de someter sus conflictos al procedimiento de solución de controversias en sede administrativa.

Finalmente, en lo que respecta al control jurisdiccional de las decisiones de los órganos del OSIPTEL, que resuelven controversias entre empresas prestadoras del respectivo servicio o actividad regulada, éste se somete al contencioso administrativo.

2.6 Solución de reclamaciones de los usuarios

En lo referido al ejercicio de la función de solución de reclamos de los usuarios, desde su creación, el OSIPTEL ha ejercido la misma, para lo que ha dictado una serie de normas para la tramitación de dichos procedimientos¹³³, siendo de aplicación supletoria la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

En el caso del sector telecomunicaciones, los usuarios presentan reclamos ante la empresa operadora, que se encuentra sujetas a las disposiciones que regulan la tramitación del procedimiento de atención de reclamos de usuarios y que son aprobadas por el OSIPTEL, así como a la Ley N° 27444¹³⁴, pudiendo sus decisiones ser apeladas ante el caso del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios de OSIPTEL, conocido como «TRASU», cuyas decisiones en segunda y última instancia agotan la vía administrativa y sólo pueden ser impugnadas ante el Poder Judicial.

El plazo para presentar reclamos es de 2 meses, pero puede no computarse dependiendo de la materia¹³⁵. Al respecto, debemos señalar que de origen se fijó

128 DANÓS ORDOÑEZ, J., Ob. cit., p.13.

129 DANÓS ORDOÑEZ, J., Ob. cit., p.14.

130 Al respecto, *vid.* el artículo 51 del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

131 Al respecto, *vid.* el artículo 50 del Decreto Supremo N° 008-91-PCM.

132 Al respecto, *vid.* la RCD N° 011-99-CD/OSIPTEL, de fecha 8 de julio de 1999, Reglamento de arbitraje y la RCD N° 012-99-CD/OSIPTEL, de fecha 9 de julio de 1999, que establece normas sobre materias arbitrales.

133 Al respecto, *vid.* la RCD N° 015-99-CD/OSIPTEL, publicada en fecha 26 de julio de 1999, que ha sido modificada parcialmente por las RCD N° 030 y 044, del año 2002, la RDC N° 096-2003-CD/OSIPTEL y la N° 030-2004-CD/OSIPTEL, publicada el 31 de marzo de 2004.

134 Comparto la opinión de J. DANÓS ORDOÑEZ, Ob. cit. p.23 respecto a que los operadores resuelven los reclamos formulados por sus usuarios «lo hacen en tanto concesionarios de un servicio público sujetos a las normas que disciplinan el régimen peculiar del mismo. Por tanto actúan como particulares obligados a aplicar normas de procedimiento administrativo para resolver los conflictos suscitados con otros particulares -sus usuarios-, lo que sin embargo no implica obviamente que formen parte de la estructura de la administración pública estatal, ni que sus decisiones puedan considerarse formalmente actos administrativos en los términos que el establece el Título I de la ley N° 27444 de procedimiento administrativo general».

135 Al respecto, *vid.* la RCD N° 015-99-CD/OSIPTEL, modificada por la RCD N° 015-2002-CD/OSIPTEL, publicada el 4 de mayo de 2002, que a su vez fue modificada por la RCD N° 044-2002-CD/OSIPTEL, publicada el 24 agosto de 2002. Resolución N° 096-2003-CD/OSIPTEL, publicada el 02-10-2003. Resolución N° 030-2004-CD/OSIPTEL, publicada el 31-03-2004. Resolución N° 076-2005-CD/OSIPTEL, publicada el 11-12-2005.

un plazo mucho más corto (15 días), pero fue debido a los cuestionamientos que surgieron y al importante Informe Defensorial N° 59 «Plazo para la interposición de reclamos de usuarios en el servicio público de telecomunicaciones»¹³⁶, que el mismo fue ampliado en beneficio de los usuarios.

Como en el caso de lo resuelto por el Tribunal de Solución de Controversias, las decisiones del TRASU resuelven en segunda y última instancia, agotan la vía administrativa y son susceptibles de ser impugnadas por el operador o el usuario en ámbito judicial, vía proceso contencioso administrativo¹³⁷.

Las normas que regulan los procedimientos administrativos especiales para atender los reclamos de los usuarios contemplan también la posibilidad de que las partes puedan arribar a acuerdos conciliatorios que en virtud de lo dispuesto por el artículo 228° de la Ley N° 27444 deberán ser sometidos a la aprobación del respectivo tribunal administrativo, que en caso de ser otorgada agota la vía administrativa.

De los medios de ejecución forzosa que pueden emplear las entidades administrativas previstos por el artículo 196° de la Ley N° 27444, consideramos a la denominada «multa coercitiva» el único instrumento que OSIPTEL podría utilizar para forzar a la parte vencida al cumplimiento de sus decisiones¹³⁸.

De lo contrario, las decisiones que reconozcan derechos a los usuarios que deben ser cumplidas por la empresa operadora carecen de mecanismo de ejecución forzosa en sede administrativa. Sin perjuicio, claro esta, de que el OSIPTEL le aplique al concesio-

nario las sanciones previstas que se deriven de su conducta omisiva¹³⁹.

Antes de cerrar este apartado referido a lo usuarios, es necesario hacer referencia al **Consejo de Usuarios**. Dicho organismo, opera como mecanismo de participación de los agentes interesados en la actividad regulatoria del sector telecomunicaciones.

Al respecto, en el caso del OSIPTEL, el primer Consejo de Usuarios, para el período 2005-2007¹⁴⁰, fue elegido cumpliendo lo establecido por el Decreto Supremo N° 042-2005-PCM que aprueba el Reglamento de la Ley N° 27332¹⁴¹. Actualmente ya se encuentra en funciones el Consejo de Usuarios elegido para el período 2007-2009¹⁴².

3. EL OSIPTEL Y LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Indudablemente, uno de los aspectos de mayor relevancia que tiene hoy el ejercicio regulatorio es el de la Defensa de la Competencia ya que a través de la misma se podrá cumplir con el objetivo, que la normativa ha depositado en el OSIPTEL, de garantizar que en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones rijan los principios de libre y leal competencia.

Como sabemos, desde el punto de vista regulatorio, la intervención administrativa del OSIPTEL está centrada en dos aspectos: el primero, está vinculado con la producción de medidas regulatorias sobre aspectos de la actividad que requieren una intervención ex ante; y, el segundo, controlando el compor-

136 Aprobado mediante Resolución Defensorial N° 031-20017DP, publicada el 8 de agosto de 2001.

137 En Sentencia de la Corte Suprema del Perú, Exp. N° 1406-2000-Lima, seguido por Hidrandina S.A. contra OSINERG (Hoy OSINERGMIN), publicada en la *Revista Peruana de Jurisprudencia* N° 5, Trujillo - julio del 2001, p.117, se ha establecido que las empresas concesionarias disconformes con lo resuelto por el respectivo tribunal administrativo de la entidad reguladora competente –en este caso OSINERGMIN–, están legitimadas para poder instar el control judicial de tales resoluciones. La Corte Suprema declaró infundados los argumentos del OSINERG, según los cuales la empresa operadora concesionaria que ha resuelto un reclamo de sus usuarios forma parte de la administración pública y como tal estaba impedida de cuestionar judicialmente las resoluciones de la entidad reguladora, estableciendo como fundamento la empresa operadora «(...) no forma parte de la administración pública, sino que en su calidad de persona jurídica de derecho privado, concesionaria de un servicio público, está obligada a intervenir en dicho procedimiento por imperio de la última parte del artículo primero del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos pero a su vez, está sometida a las decisiones de aquélla en cuanto a fiscalización y supervisión, a través del Organismo Supervisor de Inversión en Energía –OSINERG (...)».

138 Al respecto *vid.* el art. 34° de la ley N° 27336 y los artículos 65° y 66° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, modificado por la RCD N° 048-2001-CD/OSIPTEL, publicada el 29 de junio de 2002. Permite que los órganos competentes de dicho regulador puedan imponer multas coercitivas en caso de incumplimiento de sus resoluciones con el objeto de vencer la resistencia del operador.

139 Al respecto *vid.* los artículos 42° al 45° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones aprobado mediante RCD N° 002-99-CD-OSIPTEL, publicado el 14 de febrero de 1999, modificado parcialmente por la RCD citada en la nota anterior, tipifican como infracción el incumplimiento de las empresas de los mandatos o resoluciones de las instancias competentes de OSIPTEL.

140 La convocatoria se realizó vía la **Resolución N° 061-2005-PD/OSIPTEL**, publicada el 10 de Julio de 2005.

141 Al respecto *vid.* EL ARTÍCULO 9°-A de la Ley N° 27332, modificada por la Ley N° 28337.

142 La convocatoria se realizó vía la Resolución N° 081-2007-PD/OSIPTEL, publicada el 28 de junio de 2007. Convocatoria a Elecciones de los miembros del Consejo de Usuarios del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, para el período 2007 - 2009.

tamiento de los actores en el mercado de telecomunicaciones mediante un esquema ex post.

Este segundo aspecto es dentro del cual el OSIPTEL, por mandato legal, se hace cargo de los temas de competencia del sector telecomunicaciones ya que en los otros sectores económicos dicha labor es asumida por el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)¹⁴³.

En esta línea, para el ejercicio de las referidas funciones, sobre la base de los «Lineamientos de política de apertura del mercado de las telecomunicaciones en el Perú», el Consejo Directivo del OSIPTEL, expidió la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2000-CD/OSIPTEL, de 31 de enero

de 2000, que aprobó los «Lineamientos generales para la aplicación de las normas de Libre Competencia en el ámbito de las Telecomunicaciones»¹⁴⁴ y a la Resolución de Consejo Directivo N° 075-2002-CD/OSIPTEL, de 12 de diciembre de 2002, que aprobó «Los lineamientos generales para la aplicación de las normas de Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones»¹⁴⁵.

La apuesta por este modelo sectorial de Defensa de la Competencia¹⁴⁶ se justifica por las especiales características del mercado, que requiere, por su gran dinamismo, respuesta rápidas a problemas técnicamente complejos, las que sólo pueden ofrecer organismos especializados. Además, el conocimiento cercano y directo del mercado y de sus operadores económicos facilita la eficacia de su actuación. CA

143 En España, debido a que el marco legislativo no es lo suficientemente claro con respecto al ejercicio de competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en materia de defensa de la competencia, de lo que ha derivado un aparente conflicto con los órganos horizontales de defensa de la competencia, como son el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. Al respecto *vid.* R. ALONSO SOTO, «Los organismos reguladores y la defensa de la competencia: Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones v. Autoridades de Defensa de la Competencia», en J. MAILLO GONZALEZ-ORUS (Coord.), «Regulación y Competencia en Telecomunicaciones», Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pp.337 y sigs.; L. BERMUDEZ ODRIÓZOLA, «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la salvaguarda de la competencia», En: Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea y de la Competencia N° 206, Marzo- abril, 2000; M. A. FERNANDEZ ORDÓÑEZ, «La protección de la competencia desde los órganos sectoriales», En: Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea y de la Competencia N° 204, diciembre, 1999; S. MARTINEZ LAGE, «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Derecho de la Competencia I y II», En: Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea y de la Competencia N°s 136 y 137, setiembre y octubre, 1998; entre otros.

144 Disponible en: <http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=T&IDBase=27312> (08/10/2004).

145 Disponible en: <http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=T&IDBase=27312> (08/10/20 04).

146 Sobre este tema, *vid.* S. MARTINEZ LAGE, «¿Órganos sectoriales de defensa de la competencia?», En: Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea y de la Competencia N° 128, noviembre, 1997.